

Criterios y perspectivas de la codificación penal

MANUEL LOPEZ-REY Y ARROJO, LL. D.

Antiguo Catedrático de Derecho penal, España y Bolivia; Jefe de la Sección de Defensa Social de las Naciones Unidas, 1946-1965; desde 1966 *Visiting Fellow*, Instituto de Criminología, Cambridge; Miembro del Comité de Prevención y Control del Crimen y de Justicia penal de las Naciones Unidas

Al ser preguntado Thales de Mileto qué era lo que podía ser gozado universalmente respondió: la esperanza, pues es lo único que tienen los que no tienen nada.

Fragmentos, Epictetus, LXXXIV

PROPOSITO

Como indica la cita, si bien encubiertamente, el ensayo se ocupa por la justicia penal y por ello se ocupa de la codificación penal. Al hacerlo lo hago también de la ciencia y derecho penales al presente, bastante maltrechas en la mayoría de los países, sean capitalistas o no. Con excepciones, la codificación sigue siendo patrimonio de los hombres de leyes, que generalmente tienden, con retoques, a mantener las cosas como están y no como deberían ser. En los países de habla española y portuguesa, a quien va especialmente dirigido este ensayo, la justicia penal en el recto sentido del término es más la excepción que la regla general. No en vano se sigue hablando en la mayor parte de ellos de Administración de Justicia. El derrotero democrático de la España actual y de otros países iberoamericanos permite esperar que la esperanza de una justicia social penal sea realidad. A ello va enderezado el presente ensayo, que no es con mucho mi primero, al que hay que agregar los de otros colegas en España e Iberoamerica.

El ensayo es crítico y espero que objetivo. Toda observación será bienvenida si bien fundada. Exigencias de tiempo y espacio me han obligado a ser extremadamente conciso y reducir las citas a un mínimo.

I. *Antecedentes y situación actual*

La codificación penal ha sido y es estimada como una responsabilidad gubernamental, particularmente en los países de lengua española y portuguesa. Las razones fundamentales son:

a) La afirmación constante de que la función penal corresponde al Estado y la frecuente identificación que se hace entre éste y el gobierno, demasiado a menudo dictatorial. Ello explica que los delitos contra el Estado sigan ocupando lugar preferente seguido por los dirigidos contra las formas de gobierno, y que las disposiciones penales especiales protegiendo éstas y aquél proliferen por lo común en forma de decretos. En ocasiones las dictaduras duran décadas. El franquismo y el salazarismo lo acreditan, y al presente otras latinoamericanas marchan por parecido camino. La historia política de dichos países muestra un frecuente paralelismo entre dictaduras y afanes codificadores penales.

b) Disponer fácilmente de la mayor parte de los jueces, magistrados, miembros del Ministerio Público, bastantes profesores y muchos más burócratas ministeriales para llevar a cabo la codificación. La contribución de algunos psicólogos, psiquiatras, sociólogos y otros profesionales apenas si afecta el monopolio ejercido en la codificación por las gentes de leyes. Al contrario, el enlistar algunos de ellos sirve para encubrir en parte el monopolio citado.

c) Operacionalmente los métodos para llevar a cabo la codificación penal, en realidad cualquier otra, son tres:

I) El sistema de encargo, que consiste en que uno o más profesionales del derecho penal preparen un anteproyecto.

II) Servirse de una comisión codificadora cuyos miembros son a veces seleccionados como afectos al gobierno o régimen. En la práctica es poco más que una pantalla, ya que por dejadez y otras razones la codificación se lleva a cabo por un grupo y no por la totalidad o mayoría de los miembros de la Comisión.

III) Una combinación de los sistemas encargo-comisión que no cambia sustancialmente los procedimientos descritos.

En España los tres métodos han sido utilizados. En Venezuela se da, como veremos, análoga variedad y lo mismo ha acontecido en otros países que serán aquí considerados.

d) Por lo común la publicidad no es la característica procedimental más acusada en la codificación penal, particularmente en los países de habla española y portuguesa en que, como dije, las dictaduras abundan aún. Añádase que, como consecuencia de una deformación profesional, los encargados de llevarla a cabo resienten a menudo el que otros profesionales se enteren de lo que van produciendo, y dado que su hacer es estimado como uno altamente técnico, la opinión pública es dejada de lado la mayor parte de las veces.

Los ejemplos de secretividad en la tarea codificadora son numerosos, pero quizá España está batiendo todo *record* con el sigilo que rodea la preparación del anteproyecto, terminado en noviembre de 1979. La excepción más acusada a la tradicional secretividad codificadora española la ofrece la preparación del Código penal español de 1822 que apenas llegó a regir. Las reformas penales de

1848 y 1850 tienen lugar bajo el ambiente político de Narváez, que se opone a toda influencia que pueda provenir de las ideas puestas en marcha por las revoluciones europeas de 1848. El prestigio del derecho francés se acentúa y con él la influencia de su eclecticismo penal, cuyo más significativo representante fue J. F. Pacheco, que fue fiscal del Tribunal Supremo y notado reaccionario. Aunque, como demostré en 1935, su intervención codificadora fue escasa, dada su tardía y esporádica asistencia a las sesiones de trabajo, su influencia penal en España fue manifiesta. Sus lecciones y su *Código penal concordado y comentado* reflejan una endeble ciencia penal. Su éxito se debe más al bajo nivel jurídico penal, provocado en gran parte por el reaccionarismo político existente en España. Con escasos relámpagos liberales, el mismo se afirma ya en 1844 y continúa hasta la revolución de 1854. La correlación entre lo sociopolítico y el Derecho penal es, frecuentemente, aminorada por los penalistas españoles. En Iberoamérica suele acontecer lo mismo.

La publicidad codificadora se manifiesta un tanto en 1869, pero las prisas gubernamentales del gobierno hacen que el Código penal de 1870 sea precipitadamente adoptado, si bien provisionalmente, lo que dadas las vicisitudes políticas españolas le ha permitido subsistir virtualmente hasta el presente. La publicidad de la codificación es prácticamente inexistente en la confección del Código de 1928. Es relativamente amplia en la reforma de 1932 y se reduce al mínimo en las que siguen bajo el franquismo a base de decretos, textos refundidos o revisados. En el erudito y marcadamente teórico preámbulo del *Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal*, Cuadernos Informativos, Gabinete de Estudios del Ministerio de Justicia, 1972, se dice que ya en su origen el texto refundido de 1944 estaba integrado por los preceptos de 1848, 1870, 1932, los de Seguridad del Estado y otros y que desde 1946 hasta 1972 ha sido objeto de reformas por 19 leyes, algunas de alcance extenso y profundo. El anteproyecto antecitado de 1979, oficialmente elaborado por una comisión codificadora, lo ha sido en forma que ha dado lugar a comentarios y críticas dentro y fuera de la comisión nada favorables a la labor de ésta, que difícilmente puede decirse corresponde a las exigencias penales de una España que trata de afirmarse democráticamente.

Las fuentes tradicionales de conocimiento de la codificación penal en los países de habla española y portuguesa son fundamentalmente tres: la ciencia penal, la jurisprudencia y el Derecho penal comparado. Todos tres son necesarios a condición de que la primera no sea meramente una de sillón, la segunda expresión de una judicatura políticamente sumisa o modestamente preparada o ambas cosas a la vez y el tercero, reducido a referencias de códigos extranjeros sin averiguar antes cuáles han sido los resultados de la aplicación de los textos que se citan.

Sin negar la existencia de excepciones personales, la ciencia

penal en general y la de los países que nos ocupan en particular, se ha caracterizado y caracteriza por una construcción jurídico-formal del Derecho penal que ha ido demasiado lejos. El resultado ha sido que el delito como ente jurídico ha sido y es su objeto básico de conocimiento y no la criminalidad de la que aquél es parte. La separación viene de muy lejos y no puedo examinarla aquí. El delincuente ha sido en gran parte dejado al cuidado de una criminología por lo común umbilicalmente unida a las facultades de Derecho. En las de tierras iberoamericanas las cátedras de Criminología existen, pero no en España. Como he dicho en mi *Criminología*, I y II, 1975 y 1978, la víctima es raramente tenida en cuenta en la real aceptación de dicho término pese a la llamada victimología puesta en circulación. Todavía menos la criminalidad como fenómeno sociopolítico. La impresión en los países de habla española y portuguesa es que pese a intentos de emancipación la ciencia penal cultivada sigue oprimiendo al Derecho penal y por ende su codificación y la criminología (1).

En España, la trayectoria penal iniciada por algunos teólogos que se opusieron al regalismo, hoy sería llamado gubernamentalismo o partidismo político, y se pronunciaron por una justicia penal cuyas características sociales son manifiestas, es arrumbada por la importación del anémico eclecticismo francés, seguido después en parte por la importación y parafraseo de la llamada nueva escuela, de la que se hace eco confuso y difuso Aramburu y algún otro. A finales de la década del 20, las tesis alemanas son descubiertas y Beling, que apenas si había sido mencionado, es citado y recitado y a comienzos de los años 30 se ofrece una construcción jurídico formal del Derecho penal que se bautiza como teoría jurídica del delito o técnico jurídica. La pretensión era «reconstruir el Derecho penal español». En realidad, pese a su victimización por la importación de tesis foráneas, aquél había subsistido. Silvela representa un auténtico valor jurídico-penal y con propios cimientos nacionales nos habla de antijuricidad, de injusto y de la conexión entre delito y criminalidad, pero salvo unos pocos, Silvela es citado pero raramente leído (2). La trayectoria española se mantiene con Cuello Calón y Antón Oneca y por Rodríguez Muñoz, quien

(1) El impulso en favor de una renovación se ha iniciado en las Facultades de Derecho de las Universidades Complutenses, de Valencia, San Sebastián, Santiago, Granada y alguna otra.

(2) En sus excelentes notas a la traducción del *Tratado de Derecho penal* de E. MEZGER, es significativo señalar que los dos únicos penalistas españoles citados por él son Pacheco y Silvela. Las referencias al segundo tienen mayor importancia que las hechas respecto al primero. Podrá argüirse que su inclusión única se justifica por haberse ocupado Pacheco de concordancias y comentarios y Silvela de principios. El argumento es endeble y no resiste a las conclusiones que pueden obtenerse de la evolución de la ciencia penal española en los últimos cincuenta años. En todo caso, se olvidó en la importación el papel que el lenguaje juega en la formación de la ciencia y derecho penales de la que me he ocupado en ocasiones y que Rodríguez Muñoz y Rodríguez Devesa han señalado.

con gran dominio de la ciencia penal alemana nunca pierde de vista la enjundia jurídico-penal española y considera la tecnificación del Derecho penal «como una atomización del hecho delictivo». Hoy día, dicha enjundia se halla desparramada. Con todo su nacionalismo, el franquismo contribuyó a ello en forma evidente.

Los más eminentes representantes del tecnicismo jurídico-penal a ultranza son Jiménez de Asúa en España y S. Soler en Argentina. Señalaré que la difusión de las tesis alemanas fuera de Alemania coincide con la marcada decadencia de las mismas en ésta, decadencia que culmina en el famoso Tratado de Mezger y que en más de una ocasión discutí con él (3).

En manos de la dogmática jurídica el delito se transforma a efectos penales en una unidad articulada —*gegliederte Einheit*— es decir, en algo marcadamente formal que se relaciona con una norma que a menudo no existe y cuando lo es tiene una naturaleza marcadamente sociopolítica. Es el conservadurismo de finales del siglo XIX alemán, nutrido por una filosofía no menos conservadora, la que da lugar a una dogmática jurídica que en realidad no se sabe en qué consiste. Según Jiménez de Asúa es «la reconstrucción del derecho vigente en base científica» —*Tratado de Derecho penal*, I, 1950— lo que realmente no es mucho decir. Tampoco llega a gran cosa afirmar «que el Derecho penal debe reintegrarse a la dogmática». Para evitar erróneas interpretaciones diré que la teoría jurídica del delito tiene valor, pero limitado. Basta analizar las polémicas de los autores alemanes sobre la norma, la causalidad, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, finalismo y otras creaciones conceptuales para darse cuenta de dicha limitación. Tales enfoques concuerdan con el trasfondo filosófico, socio político y económico de Alemania y conducen, en general, a un Derecho penal conservador que curiosamente es en ocasiones prohijado, a través de la reverencia por la dogmática jurídica, en España por profesionales izquierdistas. Sería interesante poder establecer una correlación entre la persistencia de una ciencia penal conservadora y la del Código penal correspondiente. Con desviaciones evidentes, aquélla se da en forma marcada entre la persistencia del Código penal alemán y el español.

La ciencia y Derecho penal así creados parten de un distingo de las ciencias hoy superado. El Derecho penal abandona la investigación sobre su razón de ser y su efectividad y se transforma en buen número de países en un estudio altamente erudito en algunos casos y modesto en los demás. Con ello se aleja no sólo del delito que dice estudiar, sino, aún más, de la criminalidad como objeto de conocimiento. No toda ley presupone una norma ni tampoco protege bienes jurídicos. La ley penal trata de responsabilizar en forma especial a los que por su conducta han transgre-

(3) Algunos de mis puntos de vista sobre las tesis alemanas son expuestos en mi ensayo *El valor procesal de la llamada tipicidad*, Madrid, 1934, escrito en mis últimos meses en Alemania.

dido los fundamentos esenciales de una sociedad dada y la exigencia de un mínimo de ordenada coexistencia, todo ello dentro de un proceso de desarrollo socioeconómico y político en el que la preservación de los derechos humanos individual y colectivamente considerados es esencial. Ello exige del penalista contemporáneo adentrarse en mucho más que en los elementos del delito.

La jurisprudencia es necesaria, pero dentro de ciertas condiciones a menudo ignoradas o deliberadamente pasadas por alto. En la codificación juega aún un papel excesivo, si bien frecuentemente encubierto. Su admisibilidad suscita varias cuestiones. Entre ellas, ¿cuál es el grado de coincidencia que justifica que un hecho del pasado pueda reforzar o fundamentar una decisión judicial respecto a un caso del presente? La condición de precedente jurídico-penal no basta, especialmente cuando aquél es capsulizado en resúmenes y asequible cada vez más mediante la computarización. ¿Cuáles son las relaciones de dependencia y validez entre cambio social y jurisprudencia hasta ahora casi inexploradas por los penalistas, jueces, magistrados, miembros del Ministerio Público, abogados, criminólogos y otros distinguidos profesionales? ¿Qué valor codificador puede atribuirse a una jurisprudencia que ha sido elaborada bajo regímenes dictatoriales de larga duración frente a los cuales la judicatura y el Ministerio Público no se han distinguido por su protesta e independencia? Contrariamente a lo que se hace creer al hablar del poder judicial, la historia del mismo en los países de habla española y portuguesa muestra más claudicaciones y sumisiones que enfrentamientos individuales o colectivos con la dictadura imperante. El caso de Chile es uno de los más evidentes hoy día y la lectura de los informes de la Comisión de Encuesta de las Naciones Unidas sobre la violación de los derechos humanos en dicho país lo confirma plenamente. La historia del poder judicial en España aún no se ha hecho y con ella la de su jurisprudencia penal. En *Los jueces contra la dictadura (Justicia y política en el franquismo)*, 1978, por Justicia Democrática, se halla abundante material para elaborar esa historia en los últimos cuarenta años, pero no se olvide que la misma exige considerar el comportamiento de los titulares de dicho poder como jueces y magistrados.

Si bien la jurisprudencia no es estimada fuente del Derecho penal, sí lo es, más o menos encubiertamente, de no pocos preceptos de los códigos penales. Aquí también mi indagación en países iberoamericanos lo ha confirmado, particularmente respecto a la Argentina, Costa Rica y Guatemala.

El valor codificante de la jurisprudencia depende en no poco de la preparación de los jueces, fiscales y demás miembros del aparato judicial que producen dicha jurisprudencia y participan en la codificación. Como juez que fui por oposición, sé que ésta no garantiza más que una preparación limitada. Tampoco mejora la situación las llamadas Escuelas Judiciales. Mi detenida visita

a la de Madrid en 1978 me confirmó la marcadamente inadecuada formación de los titulares de la justicia penal en España. El problema es hondo y afecta seriamente al valor de la jurisprudencia y la participación de quienes la producen en la codificación. Consiste simplemente en que la judicatura y el Ministerio Público no pueden seguir concibiéndose como aún lo son. Lamentablemente en tal respecto la Constitución española ha retrocedido en vez de avanzar (4).

La utilización del Derecho penal comparado, entendiendo por tal la mera referencia a preceptos de anteproyectos o códigos de otros países, a menudo totalmente diferentes en cada respecto y aún la insertación de ellos, es una de las características más acusadas de la ciencia penal aquí criticada y de la codificación basada en ella. Uno de los mayores contribuidores a dicha tendencia ha sido, sin duda, a partir de comienzos de siglo, la *Vergleichende Darstellung des deutschen and ausländischen Strafrechts*, cuyos quince volúmenes son, según Mezger, orgullo de la ciencia penal alemana. Sin duda, los textos deben compararse, pero ello no basta. La comparación debe ir acompañada de la indagación sobre los resultados de su aplicación. En todo caso, el orgullo a que alude Mezger corresponde al suscitado por una ciencia penal alemana marcadamente abstracta. Rodríguez Devesa tiene razón cuando en su prólogo a *La doctrina de la acción finalista*, de J. A. Rodríguez Muñoz, dice que los conceptos jurídicos son recursos técnicos. Me permitiría ir más allá y agregar que por serlo tienen un valor extremadamente limitado y que el delito definido por la ley aun formalmente un concepto jurídico implica mucho más que algo meramente conceptual (5).

Los ejemplos del uso de un Derecho penal comparado de gabinete en la codificación de los países de habla española y portuguesa son numerosos. Citaré los siguientes:

(4) De estos y demás problemas relacionados con la codificación me he ocupado detalladamente en *Criminal Justice and the Training of Judges, Prosecutors and Lawyers*, "Review of Criminal Science", núm. 2, 1963, El Cairo; *Social Change and Criminal Justice* en el volumen *Social Change and Criminal Policy*, San Juan, 1969; *The Planning of the Criminal Justice System with Special reference to the Judiciary* en *A Policy Approach to Social Defence Planning*, 1972, New York, United Nations, y *Criminología*, II, 1978, Madrid, cap. XII, 2.

(5) El discurso de Rodríguez Muñoz es de gran valor por el análisis crítico que hace de la tesis de Welzel, en realidad de toda la ciencia penal alemana desde comienzos de siglo. Sin duda, el delito es conceptualmente una acción típica, antijurídica y culpable, pero es mucho más que esto. Lamentablemente, los alemanes identifican gradualmente el concepto con el objeto de conocimiento y surge así una ciencia del Derecho penal que es un gran andamiaje que oculta lo que el delito y la criminalidad son como auténticos objetos de conocimiento de aquélla. Lo que se construye es un conceptualismo penal. Basta adentrarse en los textos alemanes para ver que la indagación es sola una de opiniones, citas y sutilidades. El concepto es el elemento último del pensamiento, pero nunca debe pretender reemplazar al objeto.

1. Anteproyecto de Código penal de El Salvador, 1970, en que citan como fuentes consultadas los proyectos de Venezuela, 1949-1950; Méjico, 1958; los argentinos de Peco y Cool-Gómez, y el de Bolivia, 1943, de López-Rey.

2. Venezuela es probablemente uno de los países en el que la actividad codificadora es más manifiesta y a menudo relacionada con sus vaivenes políticos, en los que la democracia no ha sido siempre su mayor característica. Por lo común, los proyectos han sido realizados por encargo. Los más conocidos son los de 1938; 1940, 1947, 1948, 1955, 1961, 1967 y al presente los trabajos de un grupo de profesores que trabajan para la Comisión de Política Interior del Senado y que ha publicado una serie de cuadernos sobre la reforma penal.

El proyecto de 1961 enumera en su exposición no menos de ocho legislaciones penales europeas y latinoamericanas, dando al parecer preferencia al italiano de 1930. El texto consta de 610 artículos, de los cuales el 25 por 100 son destinados a la Parte General que, al igual que en otros muchos textos, es simplemente un tratado de Derecho penal en miniatura. A la culpabilidad se la dedican 14 artículos. El anteproyecto de 1967 va precedido de una erudita exposición que no contiene referencia alguna a la realidad venezolana. Es más una revisión del anteproyecto de 1961. Contiene 604 artículos, de ellos el 25,5 por 100 en la Parte General, que es igualmente un tratado de Derecho penal. La jurisprudencia fue en ocasiones ampliamente utilizada como fuente de información. Los cuadernos publicados por la mencionada Comisión a partir de 1974 son de una erudición comparativa difícilmente aconsejable. Todo lo que se ha podido citar en materia de textos lo ha sido, pero no existe una sola referencia a la realidad venezolana y menos aún a su criminalidad. Lo que parece importar es una exhibición jurídico-penal del delito. La cuestión de la imputabilidad del indio es objeto de una serie de largas disquisiciones en las que la ignorancia de la realidad nacional es igualmente obvia. ¿Cuál es el medio jurídico nacional al que se alude para justificar o no la inimputabilidad?

Mis indagaciones en diversas regiones venezolanas, algunas remotas, en el Oriente del país y mi experiencia en los grandes centros urbanos y otros, me ha mostrado la ficción de un medio jurídico nacional, y así lo expuse más de una vez en Maracaibo, Caracas y otros lugares.

3. En Brasil el anteproyecto de 1963 contiene 391 artículos, pero tal cifra se debe a que siguiendo una mala costumbre, hija de contingencias políticas, los delitos incluidos son sólo los que en términos generales llamaríamos los cometidos contra los particulares. Los dirigidos contra el Estado, el Gobierno, las fuerzas armadas, etc., y la administración, el orden público y otros aspectos de la estructura del país son objeto de leyes especiales. El proyecto de 1969, que se promulgó como código para dejarlo prontamente

sin efecto, seguía el mismo criterio. En el articulado se hacen referencias comparativas a los anteproyectos alemanes, yugoslavo, griego, argentino, dinamarqués y otros pero la apreciación de la realidad brasileña y de su conexión con la criminalidad y la justicia penal no aparece por ninguna parte.

4. El Código penal de Costa Rica, 1970, se basa en el anteproyecto de 1969 y en su exposición de motivos se hace frecuente referencia al derecho penal comparado aquí criticado y el Código penal tipo del que me ocupé en pasada ocasión estimándolo como una pieza juridicopenal alejada de la realidad de las tierras americanas a que se refiere. Los fundamentos son en parte doctrinarios y más limitadamente jurisprudenciales. La realidad sociopolítica y criminológica es ignorada. Consta de 413 artículos de los que algo más del 29 por 100 están en la Parte General que he de repetirlo es un tratadito de derecho penal.

5. Guatemala tiene una historia de codificación penal altamente insatisfactoria. En 1960 el anteproyecto de Código penal preparado por S. Soler para la Argentina es presentado por él y dos profesionales guatemaltecos como anteproyecto para dicho país. En la exposición de motivos elaborado por el trío se dice que el Código penal vigente basado casi íntegramente en el español no corresponde a las características del país y que es preciso reemplazarlo. El reemplazo se hace adoptando como anteproyecto el de un país totalmente diferente a Guatemala. En la susodicha exposición se dice que contrariamente a tendencias románticas los conceptos fundamentales de la legislación penal son comunes y que las mejores fórmulas definidoras deben ir generalizándose como resultado de los modernos métodos de legislación y derecho comparado. Sin duda, existen conceptos que pueden tener una cierta generalidad pero el análisis de las características del país y sus exigencias penales no permite el transplante sugerido. Cuando suscite la cuestión en Guatemala se me dijo que en fin de cuentas la codificación era una operación de técnica jurídica.

El Código penal de 1973 menciona como fuentes al de Argentina, Costa Rica, Cuba, Méjico, Uruguay, España y otros y al Código penal tipo. De especial consideración fueron los Códigos penales de Honduras y El Salvador. El análisis de la realidad guatemalteca brilla por su ausencia. Consta de 497 artículos y el 25 por 100 se hallan en la Parte General que es una especie de manualito de Derecho penal.

El proyecto argentino de 1960, debido a S. Soler, se basa en la jurisprudencia, en la tradición jurídica existente, en la experiencia de la ley y en la construcción jurídica de la doctrina. De la realidad argentina no se dice nada y menos aún de su marcada transformación socioeconómica, política y cultural. A la criminalidad no se hace referencia alguna ni tampoco a una evaluación del sistema penal. Tanto la exposición de motivos, como el informe de la Comisión que examinó el proyecto y la respuesta de Soler prueban cumplidamente la índole teórica del proyecto.

El Código penal de Bolivia, 1972, tiene sólo 365 artículos, las faltas han sido excluidas, y el 28 por 100 de aquéllos forman la Parte General. Sus antecedentes son el proyecto de 1943, de quien escribe, y el de 1964, preparado por un grupo de profesionales. Al recibir el encargo indiqué deberían dárseme facilidades para recorrer el país, visitar instituciones, dialogar con autoridades de toda suerte y recoger tantos datos como sea posible. El gobierno cumplió la promesa y como resultado de mi investigación comenzada en junio de 1940 en octubre sometí a la Comisión Codificadora Nacional un informe que fue discutido por ésta. De ello resultaron las bases del anteproyecto que redactado fue examinado por la Comisión. Tras nuevas discusiones redacté el proyecto final que igualmente fue objeto de modificaciones por aquélla. A finales de 1943 el Senado comenzó la discusión del proyecto pero acontecimientos políticos suspendieron la misma. Constaba de 538 artículos y la Parte General era el 22 por 100. En ella se incluyeron una regulación detallada de la multa, el juez de vigilancia, la organización de una caja de compensaciones para las víctimas del delito y del error judicial. La Parte Especial se basaba esencialmente en la estructura de la organización de la comunidad boliviana de la que era una de las expresiones el Estado (6).

La preparación de 1964 fue precedida de varias encuestas y de una recogida de datos. Consta de 365 artículos. Las faltas son excluidas del texto penal.

En Colombia el *Anteproyecto de Código penal colombiano 1974*, Actas, Exposición de Motivos y Articulado, Ministerio de Justicia, Bogotá, 1975, es producto de una Comisión Redactora integrada por ilustres penalistas. En las actas y exposición se hacen referencia a más de veinte textos penales de diferentes países entre ellos Islandia, Polonia, Bulgaria y el inevitable Código penal tipo. Las actas muestran una erudición pero no una estimación siquiera modesta de la realidad colombiana. Aunque en las Actas, p. 109, se dice que el Derecho penal no es una armazón teórica lo cierto es que el anteproyecto apenas si es más que una. Tiene 453 artículos y casi el 30 por 100 pertenecen a la Parte General en la que se incluyen una serie de cuestiones que fácilmente pueden hallarse en un manual de Derecho penal.

El proyecto para Portugal, 1963, se ocupa sólo de la Parte General con 136 artículos. La exposición es erudita, haciéndose referencias especialmente a las teorías alemanas, pero ninguna a la realidad portuguesa.

(6) Para detalles consúltese *Proyecto oficial de Código penal*, Publicaciones de la Comisión Codificadora Nacional, La Paz, 1943. Igualmente redacté el Proyecto de Código procesal penal que con dicho título fue publicado por la Universidad de Córdoba, Argentina, 1946. Mi anteproyecto de *Código de Menores* ha sido objeto sólo de publicaciones parciales. Dicho código y el procesal penal no fueron tenidos en cuenta más que limitadamente por la Comisión, debido al cambio político que tuvo lugar en el país.

En Francia, el *Avant-Project de Code Penal*, 1978, se refiere a lo que se llaman Disposiciones generales o Parte General y tiene 211 artículos. Se mantiene la clasificación tripartita y la enorme extensión de dichas Disposiciones se explica pero no se justifica por incluir una serie de preceptos penitenciarios y otros que no corresponden a un Código penal.

En España, el anteproyecto de 1979 se debe a una Comisión de Codificación, pero en realidad a la labor de un pequeño grupo de miembros de aquélla. La forma en que han sido conducidas las discusiones ha dado lugar a una serie de protestas por otros miembros incluso por escrito. La Memoria explicativa que ha llegado a mis manos habla de la garantía ejecutiva, de la culpabilidad, de los intereses relevantes del Estado, de la difícil distinción entre causalidad y finalismo, de que según Savigny la familia es el yo ampliado, del orden económico, de Ihering, del estado social del derecho, del precio de la pena, de la proporcionalidad punitiva y de otras muchas cosas, pero no se hace alusión alguna a una consideración de la realidad española, de su criminalidad, de la conveniencia de basar la codificación en una evaluación del sistema penal tras casi cuarenta años de franquismo y de la transformación de la sociedad española y de su encaminamiento por una trayectoria democrática cuyos principios, al menos en parte, han sido enunciados en la Constitución. Si como se afirma en ésta la justicia emana del Pueblo cabría preguntarse si ello no implica que en la codificación participara aquél de manera directamente efectiva.

El texto del anteproyecto casi mantenido en secreto consta de 678 artículos de los que el 22 por 100 son de la Parte General. El número de modalidades delictivas creadas no es inferior a 1.500, cifra enorme debida en parte a un casuismo jurisprudencial. Difícilmente puede mantenerse que se trata del texto que precisa la España actual y del futuro inmediato. Tampoco un texto «fundamentalmente renovador» como se ha dicho en el Ministerio de Justicia.

La exposición hecha muestra que si bien la ciencia penal es necesaria el Derecho penal por ella producido sigue siendo en la mayor parte de los casos uno que vive de espaldas a la estructura socioeconómica, cultural y política. En muchos de los proyectos y códigos pesa aún demasiado una jurisprudencia estrecha. En la mayor parte de los casos, la clientela de tales códigos son «los de abajo» y esta injusticia no se remediará en tanto en cuanto los códigos sigan confeccionándose sólo por profesionales. Se impone una investigación juridicopenal fuertemente combinada con una criminológica y sobre todo, una evaluación de los sistemas penales vigentes antes de seguir lanzándose a la preparación de códigos penales como piezas de legislación en las que la llamada técnica jurídica juega papel predominante. En los países de habla española y portuguesa existen profesionales que se dan perfecta cuenta

de la urgencia de una renovación de dicha ciencia y de que los Códigos penales no pueden seguir siendo instrumentos de grupos sociales dominantes. En los países marxistas la dominación es ideológica y a través de un partido monolítico. En España, la apresurada codificación penal debe ser reemplazada por una basada en una evaluación del sistema penal. Al parecer ni el Ministerio de Justicia ni la Comisión Codificadora han pensado en ellas. Ambas siguen el desacreditado enfoque de una «Administración de Justicia». En Venezuela y Colombia se dan también afanes de renovación, pero a menudo dominados «desde arriba». En Méjico donde debería haberse dado análogo afán apenas si existe. Afortunadamente, algunos jóvenes profesionales parece reaccionan en favor de una renovación más auténtica que la usualmente ofrecida por un grupo distinguido de profesionales.

La tarea de renovación no es fácil y las mayores dificultades provienen de la naturaleza raramente democrática de los regímenes existentes, de la condición en que se hallan la mayoría de las Facultades de Derecho y Colegios de Abogados y la índole poco satisfactoria del llamado poder judicial.

II. *Las perspectivas.*

Por tal se entienden aquí las de carácter operacional que sucintamente expuestas son:

1. Necesidad de ir directamente a la planificación de la política criminal ya recomendada en las conclusiones del Congreso de las Naciones Unidas, 1960, y desarrollada por la Organización en una diversidad de trabajos. Entre otras cosas significa que las comisiones de codificación deben ser reemplazadas por comisiones de política criminal en la que participen activa y mayoritariamente otros elementos que los jurídicos (7).

2. La política criminal y el sistema penal son dos cosas distintas, el segundo parte de aquella que a su vez lo es de la política general de desarrollo que no ha de entenderse sólo económicamente. Uno de los aspectos esenciales del mismo es la preservación de los derechos humanos individual y colectivamente entendidos. La violación se comete no sólo mediante violencia sino también por corrupción hoy frecuente en altos medios niveles políticos, judiciales, administrativos, industriales y otros.

3. El sistema no debe concebirse lineal, sino globalmente, como un todo, cuyas partes son interdependientes. La hegemonía de una de ellas sobre las demás, como acontece hoy con el sector judicial o del ministerio público, debe evitarse. La concepción glo-

(7) Para detalles véase lo que he dicho en *La construcción sociológica del derecho y de la justicia*, "Revista Interamericana de Sociología", 2, núm. 5, 1967, Méjico; *La Planificación de la política criminal*, 1975, volumen editado por el Ministerio de Justicia de Venezuela y mi *Criminología*, II, 1978, cap. XII.

bal significa que el llamado poder judicial tiene que ser configurado distintamente a como lo es hoy día en la mayoría de los países latinoamericanos. Como señalé antes, si conforme a la Constitución española la justicia emana del Pueblo, éste debe ser elemento importante en la estructura y control del poder judicial. Desafortunadamente, la Constitución olvida al Pueblo al organizar el poder judicial conforme a líneas marcadamente tradicionales. Los jueces y magistrados están en mayoría (8).

4. Ninguna codificación debe llevarse a cabo sin relacionarla con las demás; sin llevar a efecto previamente una evaluación del sistema penal y sin tener presente los planes de desarrollo del país. Más concretamente, la codificación penal exige previamente:

a) Analizar las características socioeconómicas, culturales, políticas y demás de la población en general y la de la clientela del sistema penal en particular y determinar cuál es la correlación criminológica y jurídicopenal que se da entre ellas tanto respecto a la criminalidad como a los diferentes tipos de delitos, todo lo cual debe ejercer una influencia en la política criminal y el sistema penal y por ende, en la codificación penal.

b) Establecer el costo del sistema penal, los resultados obtenidos en su aplicación así como el que debiera ser conforme a la planificación de dicho sistema y de la política criminal que lo determina.

c) Determinar el costo de la criminalidad, que no debe ser identificado con el anterior, relacionarlo con las cifras de producción y consumo y ver cuál es la cifra que puede estimarse soportable sin perturbar seriamente el desarrollo del país. En otras palabras, ninguna codificación penal debe llevarse a cabo sin tener una idea aproximada de cuál es la «cantidad» de criminalidad que un país dado puede soportar en un futuro inmediato sin ser seriamente perturbado.

d) La extensión, modalidades y aplicación de las sanciones penales no deben continuar siendo determinadas por límites mínimos o máximos y conforme a un sistema de fracciones empíricamente establecidos y a menudo derivados de una jurisprudencia anticuada. En buen número de Códigos que se dicen modernos fijan aún la pena indicando que la misma se aumentará o disminuirá en un doble, tercio, etc. El anteproyecto español sigue aún este criterio y fija límites mínimos y máximos y habla de imponer la pena en su mitad superior, en el grado inmediatamente inferior, etc. Tales enfoques son sociopolítica y criminológicamente anacrónicos, no establecen garantías de ninguna clase y reflejan

(8) Señalaré que en la edición oficial que poseo de la Constitución, mientras que el Rey, los Jueces, los Magistrados, el Poder Judicial y el Ministerio público aparecen con mayúscula, el pueblo, de donde se dice emanar la justicia a que todos ellos deben servir, aparece con minúscula. Convendría devolverle la mayúscula que se le ha birlado y con ella hacer efectivo el poder que en el judicial le corresponde.

una incapacidad para llevar realmente a cabo la individualización que la justicia social penal exige; y

e) Reducir la criminalización de conductas al mínimo requerido por las consideraciones socioeconómicas y políticas anteriores y la necesidad de preservar los derechos humanos tanto de la persona como de los grupos y de la sociedad a nivel nacional e internacional. Ello significaría, entre otras cosas, la simplificación de la Parte General, la reducción de la Parte Especial y de las leyes penales especiales, la exclusión de las faltas o contravenciones del sistema penal, la unificación de las sanciones o medidas penales acabando con la dicotomía penas y medidas de seguridad en la que insiste anticuada y superficialmente el anteproyecto español y dar mayor importancia a los delitos dirigidos contra la economía o fuentes de riqueza nacionales que no pueden ya reducirse a los cometidos contra un orden económico como hace, entre otros, el anteproyecto español aquí considerado.

Lo expuesto significa también que la finalidad de la justicia penal no es ya la readaptación del delincuente, sino la realización de aquélla, entendida desde un punto de vista social y no meramente jurídico, jurisprudencial o conforme a una determinada teoría jurídica que tiene más en cuenta el delito y sus elementos que el fenómeno sociopolítico criminalidad. La reeducación, resocialización y demás del delincuente han sido utilizadas instrumentalmente tanto por los regímenes capitalistas como marxistas. Unos y otros dejan deliberadamente de lado que en no pocos casos, el delincuente tiene el derecho a no ser readaptado cuando los sistemas penales son meramente instrumentales. Justicia social penal significa también que la indemnización a las víctimas del delito no puede hacerse ya conforme a las concepciones actuales de una responsabilidad civil derivada de un acto delictivo. Lamentablemente tal criterio es aún seguido por el anteproyecto español citado y supone la ineffectividad en la mayor parte de los casos de la compensación a las víctimas del delito que ha de entenderse hoy como consecuencia de una función penal y no solamente derivada de un acto delictivo individual.

La evaluación del funcionamiento del sistema penal es requisito previo a una reforma penal y todavía más para la formulación de una auténtica política criminal. Esta es a menudo escamoteada por gobiernos y ministerios e ignorada por los partidos políticos y grupos parlamentarios. Entre otras cosas, la evaluación debe examinar cuál es la correlación entre el sistema penal existente y el desarrollo socioeconómico y político del país; cuál es el costo del funcionamiento de dicho sistema y probable proyecciones en el futuro inmediato, la correlación entre reforma penal, procesal penal y todo lo relativo al tratamiento, tareas que no pueden ya llevarse a cabo aparte por grupos o comisiones diferentes sino por una auténtica comisión de política criminal. Tal evaluación es aún más necesaria en aquellos países que han padecido una

larga dictadura. En ellos, la llamada reforma penal no puede dejarse pr3cticamente en manos de organismos cuya composici3n, salvo casos personales, recuerda demasiado una dependencia al r3gimen dictatorial pasado.

La tarea no es f3cil y sobre sus dificultades y modo de vencerlas han insistido repetidamente desde 1960 las Naciones Unidas en una serie de informes y documentos. En la recent3sima reuni3n del Grupo de Expertos sobre Criminalidad y Abuso de Poder, que me cupo el privilegio de presidir, Naciones Unidas, New York, julio 1979, se afirm3 una vez m3s la necesidad de ir a formulaciones de pol3tica criminal y no a meras reformas penales. Tal misi3n dif3cilmente puede realizarse por las tradicionales comisiones codificadoras ministerialmente creadas.